

SONIA DE CARVALHO\*

## Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel contratto di *engineering* tra imprese di paesi membri dell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il distacco dei lavoratori. – 3. Il quadro giuridico applicabile ai lavoratori distaccati risultante dalla direttiva 96/71/CE. – 4. Il distacco dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 5. La proposta di revisione della direttiva. – 6. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Il contratto di *engineering*, un istituto importato dal diritto anglosassone, è il prodotto di uno sviluppo dell'attività economica e dell'evoluzione tecnologica, i cui contorni ed evoluzione sono stati fissati dalla prassi commerciale e dall'autonomia contrattuale<sup>1</sup>. A questo proposito, si è rilevato che la rapidità con cui si realizza il progresso economico, sociale e tecnologico, spesso non è compatibile con l'inevitabile lentezza della rappresentazione giuridica della realtà<sup>2</sup>. Per ovviare a questo divario tra la legge e la realtà, si riconoscono ai privati l'autonomia e il potere di dare vita agli strumenti necessari per perseguire e tutelare i loro interessi. In questo quadro giuridico, in cui la libertà contrattuale appare «*como imprescindível via de legitimação de uma fecunda autodisciplina jurídica*», i privati collaborano «*no acto de uma histórica constituição do direito*»<sup>3</sup>.

\* PhD in Giurisprudenza FDUC, Professora Auxiliar Convidada del Dipartimento di Diritto dell'Università Portucalense Infante D. Henrique e dell'Istituto Universitario di Maia – ISMAI. Ricercatrice presso IJP – Instituto Juridico Portucalense; Avvocato; Porto; Portogallo; scarvalho@upt.pt.

<sup>1</sup> O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Trattato di diritto commerciale, Vol. IX: Contratti commerciali*, Padova, 2009, ebook, 796; R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992, 1, riferisce che il fenomeno *engineering* è emblematico nel contesto di tecniche innovative utilizzate nei mercati internazionali.

<sup>2</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, de Concessão e de Franquia* («*Franchising*»), in *Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia, III*, Coimbra, 1984, 303.

<sup>3</sup> A. PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, 304. L'autonomia contrattuale è stabilita nell'art.

In termini molto generali, il contratto di *engineering* può essere definito come il «contratto con il quale una parte (normalmente un'impresa) si obbliga nei confronti dell'altra ad elaborare un progetto di natura industriale, architettonica, urbanistica, ed eventualmente a realizzarlo, ovvero a dare realizzazione a progetti da altre imprese elaborati, provvedendo anche, se ciò è convenzionalmente pattuito, a prestazioni accessorie di assistenza tecnica ricevendo a titolo di corrispettivo una somma in danaro, integrata (o sostituita) eventualmente da «royalties», interessenze o partecipazioni agli utili dell'attività imprenditoriale avviata in seguito alla realizzazione del progetto»<sup>4</sup>.

405 del codice civile portoghese e nell'art. 1322 del codice civile italiano. Contratti nuovi che rivestono grande importanza nel mondo degli affari, come *factoring*, *leasing*, *merchandising*, *franchising*, *engineering*, sono sorti e si sono sviluppati nella prassi commerciale sulla base dell'autonomia contrattuale.

<sup>4</sup> G. ALPA, *Engineering*, nel *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. Iriti, 3 *Diritto commerciale e industriale*, a cura di U. Carnevali, Milano, 1981, 466. Questa nozione ampia, spiega l'autore, *op. cit.*, 466-467, vuole includere la maggior parte delle tipologie dei contratti di *engineering* nell'ambito delle prestazioni abitualmente svolte da un'impresa.

Il contratto di *engineering* negli Stati Uniti ha cominciato a svilupparsi negli anni trenta del secolo scorso con la società di *engineering*. Quest'ultima è costituita con lo scopo di riunire professionisti con competenze specializzate in vari campi tecnici nei settori dell'ingegneria, dell'architettura e dell'urbanistica, fino a quelle di carattere economico e commerciale, per rispondere alla natura multidisciplinare e alla complessità delle prestazioni svolte nel contratto di *engineering*. La legittimità delle società di *engineering* ha suscitato un intenso dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, perché la legge italiana vietava l'esercizio in forma societaria di un'attività professione intellettuale, ai sensi dell'art. 2 della legge 1815/1939. Erano ammesse solo le associazioni di professionisti che dovevano utilizzare, «nella denominazione del loro ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di "studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario", seguito dal nome e cognome, coi titoli professionali, dei singoli associati». La decisiva importanza dell'elemento personale nell'esercizio di queste professioni spiegava il divieto da parte della legge italiana dell'esercizio in forma societaria, anche se uno dei motivi sottolineati dalla dottrina era quello di impedire agli ebrei di esercitare, in forma anonima, dette professioni.

Pertanto, inizialmente, la giurisprudenza, invocando l'incompatibilità delle società di *engineering* con il divieto stabilito nell'art. 2 della legge 1815/1939, sosteneva la nullità dei contratti instaurati con terzi.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2 della legge 1815/1939 considerato contrario alla libera iniziativa economica stabilita nell'art. 41 Cost, ha sancito, nella sentenza n. 17 del 1976, la costituzionalità della norma, sollecitando altresì un intervento correttivo del legislatore.

La giurisprudenza successiva ha dimostrato una maggiore apertura, segnalando, come ha deciso il Pretore di Genova nella sentenza del 16.7.1977, in *Giur. comm.*, 1978, I, 243, con nota G. SCHIANO DI PEPE, ricordata da R. CAVALLO BORGIA, *op.*

La complessità delle opere realizzate con il contratto di *engineering*, vale a dire la costruzione di opere di utilità collettiva (vie di comunicazione, ponti, dighe) e la costruzione di importanti stabilimenti industriali e agricoli, richiede prestazioni specializzate nei settori dell'ingegneria, dell'architettura e dell'urbanistica, che sono supportate da una organizzazione tecnico-amministrativa e imprenditoriale<sup>5</sup>.

*cit.*, 9, n 12, che «la struttura e l'organizzazione assumono essenziale o preminente rilievo». Secondo tale orientamento, per l'esercizio dell'attività intellettuale dell'architetto o dell'ingegnere, non sarebbe vietato l'uso della forma societaria in presenza dell'esercizio dell'attività complessa che normalmente caratterizza il contratto di *engineering*. Come riferisce R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 9, 36, l'attività di questi professionisti non è che uno degli elementi dell'attività di impresa sviluppata attraverso una articolata organizzazione tecnico-amministrativa. L'opera del singolo professionista perde dunque la sua rilevanza, restando assorbita e integrata nel risultato finale. Quest'ultimo è qualificabile come imprenditore e, quindi, connotato dalla struttura organizzativa attraverso cui si coordinano i vari fattori della produzione. Il dovere di personalità della prestazione intellettuale imposto dalla legge 1815/1939 non sussiste, considerata l'organizzazione tecnico-amministrativa complessa della società di *engineering*. A tal proposito R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 24, riferisce che il contenuto del contratto viene preso in considerazione sotto profili di tipo qualitativo e di tipo quantitativo. Nella prima direzione la prestazione del professionista è strumentale, essendo un elemento accessorio del progetto, mentre nella seconda rileva la presenza di una complessa struttura organizzativa di persone e mezzi. V. Cass. 6. 12.1986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 189, con nota de G. IUDICA e 10.6.1994, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 1. Il legislatore implicitamente abrogava il disposto degli articoli 1 e 2 della legge 1815/1939, definendo nella legge 11 febbraio 1994 n. 109, art. 17, comma 8, la società di *engineering* come «una società costituita nelle forme di cui ai capi V, VI e VII del titolo V e al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni, direzione dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica e studi di impatto ambientale e che non esercitano le attività di produzione di beni». A tali società – si precisava – «non si applica il divieto previsto dall'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815».

Secondo il comma 9 dell'art. 17 *cit.*, «I requisiti organizzativi, professionali e tecnici delle società di ingegneria sono individuati nel regolamento, fermo il principio che l'attività di progettazione deve far capo ad uno o più professionisti iscritti negli appositi albi, nominativamente indicati e personalmente responsabili».

La legge 266/1997 (cd. Legge Bersani), abrogando l'art. 2 della l. 1815/1939, ha superato le questioni che ancora facevano dubitare della validità delle società di *engineering*. Per ulteriori riferimenti, cfr. G. BAUSILIO, *Contratti atipici*, in *Sapere Diritto*, Collana diretta da Paolo Cendon, Padova, 2014, 214 ss., L. RAGAZZINI, *Sulla liceità delle società di engineering*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 689 ss.; G. ALPA, *Legittimità delle società di progettazione di direzione costruzioni civili*, in *Società*, 1987, 137 ss.; ID., *Liceità delle società di engineering: una svolta faticosa*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1478, R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 5 ss. O. CAGNASSO, G. COTTINO, *op. cit.*, 1053, n. 209, G. ALPA, *op. cit.*, 453 ss.

<sup>5</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 2.

La diversa natura delle prestazioni comprese nel contratto di *engineering* – prestazioni che possono riportarsi all'elaborazione di progetti, alla costruzione ed installazione dell'opera, alle attività necessarie per la progettazione e l'acquisizione degli impianti, al controllo dei lavori impiegati nella costruzione, all'assistenza tecnica e all'addestramento della mano d'opera, alla direzione, al coordinamento ed alla supervisione dei lavori necessari per l'esecuzione dell'opera progettata, fino alla consegna dell'opera ultimata – dà luogo a una operazione contrattuale, ad esecuzione continuata, caratterizzata da un complesso fascio di diritti e doveri che sono articolati in una molteplicità di modelli, con contenuti che variano a livello nazionale e internazionale; modelli che, nonostante l'affinità con alcune figure tipiche come il contratto d'appalto, il contratto d'opera intellettuale e quello di *know-how*, non possono essere ricondotti a una figura contrattuale tipica<sup>6</sup>.

Il contratto di *engineering* è considerato dalla dottrina un contratto legalmente atipico, anche se la prassi commerciale rivela che si tratta di un contratto socialmente tipico la cui causa, ossia la cui funzione economico-sociale, gli conferisce la necessaria autonomia, perseguendo esso interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 Codice civile<sup>7</sup>.

Nonostante le differenti declinazioni operative, il contratto di *engineering* conserva una sua fisionomia, che corrisponde alla «funzionalità al raggiungimento di un obiettivo di complessità e interdisciplinarietà»<sup>8</sup>.

La molteplicità di elementi che i diversi modelli contrattuali emergenti dalla prassi commerciale presentano non esclude l'elaborazione di una nozione ampia di contratto di *engineering*, dove l'attività intellettuale dei professionisti si compenetra nel risultato finale, conseguibile attraverso l'utilizzo di una organizzazione tecnico-amministrativa, presente in tutte le tipologie<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> O. CAGNASSO, G. COTTINO, *op. cit.*, 617; G. ALPA, *op. cit.*, 465. Per una valutazione critica della riconduzione del contratto di *engineering* ad un contratto tipico, cfr. R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 111 ss., G. BAUSILIO, *op. cit.*, 215 ss., per il quale possiamo anche dire che è un contratto di impresa, consensuale, sinallagmatico e oneroso.

<sup>7</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 26, 109-110, 119-124. Quest'autrice, *op. cit.*, 135, giustamente esclude la riconduzione del contratto ad un contratto misto, affermando che il contratto ha una causa unica ed autonoma, nonostante le molteplici prestazioni comprese nella realizzazione dell'oggetto. Le condizioni generali e i modelli di contratto standard, caratteristici del commercio internazionale, hanno contribuito alla costruzione di un tipo sociale, conducendo all'elaborazione di modelli contrattuali uniformi. Cfr. R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 40 che, nella nota 2, parla di *atipicità standardizzata*.

<sup>8</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 36.

<sup>9</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 37, identifica l'opera con la «utilità globale» at-

Essendo il contratto atipico, la sua fisionomia giuridica è tracciata dall'autonomia contrattuale delle parti<sup>10</sup>.

In relazione al contenuto delle prestazioni, la dottrina distingue:

a) *consulting engineering*, in cui la società di *engineering* assume la progettazione dell'opera da costruire ed elabora studi di fattibilità, ricorrendo spesso a professionisti, laddove sono richieste competenze specifiche. In sostanza il contratto ha ad oggetto la fornitura di servizi di consulenza e la messa a disposizione del *know-how* necessario per la costruzione di opere d'ingegneria<sup>11</sup>.

b) *commercial engineering*, in base al quale la società non solo predisporrà il progetto, ma si occuperà anche dell'esecuzione dell'opera, curando altresì le formalità amministrative, l'assistenza tecnica e l'addestramento della mano d'opera.

Il *commercial engineering* trova la sua manifestazione più completa nei contratti cosiddetti chiavi in mano o chiavi sulla porta, in cui la società di *engineering*, spesso utilizzando terzi, assume l'obbligo di consegnare il lavoro finito e funzionante<sup>12</sup>.

Si ritiene che la differenza fra questi due modelli abbia perso nitidezza nella prassi dal momento che in entrambi sono presenti la dimensione organizzativa e la natura diversa e complementare delle prestazioni anche se nel solo caso del *commercial engineering* vi è pure l'esecuzione del progetto e la realizzazione dell'opera<sup>13</sup>.

torno alla quale tutte le prestazioni realizzate nell'ambito della struttura organizzativo-amministrativa convergono. Così, R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 135, la quale costruisce una nozione di senso più ampio, definendolo come «il contratto di impresa, a titolo oneroso, con il quale l'engineer assume verso il committente l'obbligo progettuale, finanziario-organizzativo e anche esecutivo di un opus articolato e complesso e conseguenti rischi verso un corrispettivo in danaro».

<sup>10</sup> G. BAUSILIO, *op. cit.*, 215 ss. La dottrina tende a sostenere l'applicazione analogica delle norme dell'appalto. Cfr. G. DE NOVA, *Engineering (contratto di)*, in *Digesto commerciale*, V, Torino, 1990, 241, R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 132-133, O. CAGNASSO, G. COTTINO, *op. cit.*, 618.

<sup>11</sup> O. CAGNASSO, G. COTTINO, *op. cit.*, 615 e G. BAUSILIO, *op. cit.*, 209-210.

<sup>12</sup> O. CAGNASSO, G. COTTINO, *op. cit.*, 615, G. BAUSILIO, *op. cit.*, 210. Il contratto di *engineering* può anche adottare i modelli di EPC (*engineering, procurement, construction*) o di EPCC (*engineering, procurement, construction, commissioning*) in cui tutte le fasi di esecuzione del progetto sono affidate ad un *general contractor* che assume la responsabilità integrale di progettare l'opera, costruirla e consegnarla al committente.

<sup>13</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 28, 30-31, parla anche dell'attività di consulenza organizzativa e gestionale del progetto (*project management*). Ora, questa attività, anche se sostanzialmente unitaria, assume diverse varianti in relazione al progetto in questione, alle condizioni di mercato, ai costi che il committente può sostenere e alla cultura manageriale. Questo dimostra, secondo R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 31,

Il contratto di *engineering* ha un carattere di internazionalità che spiega la sua ampia diffusione nella contrattazione internazionale, dove il modello si è affermato superando i confini imposti dalle frontiere nazionali<sup>14</sup>. Questa dimensione internazionale del contratto di *engineering* è facilitata dalla natura atipica del contratto. La mancanza di uno schema legislativo tipico assicura la compatibilità con gli ordinamenti giuridici nazionali coinvolti, che non possono porre un limite alla delocalizzazione del rapporto.

La prassi internazionale ha consolidato un modello contrattuale uniforme, dotato della tipicità sociale necessaria alla contrattazione internazionale<sup>15</sup>. Ora, ogni volta che la società di *engineering* assume l'obbligo di dirigere, coordinare i lavori ed eseguire l'opera consegnandola finita e funzionante, il contratto di *engineering* può comportare la prestazione di servizi da parte di società stabilite in altri paesi dell'UE o di paesi terzi, con la conseguente fornitura di prestazioni lavorative da parte di soggetti provenienti da questi paesi.

Nel caso in cui l'esecuzione del contratto comprenda la prestazione di servizi da parte di lavoratori provenienti da altri paesi, esiste una intersezione fra questo rapporto e le norme dell'UE relative al distacco dei lavoratori. La disciplina del mercato interno, che si fonda sul principio della libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), induce ad esa-

che queste prestazioni, anche se tradizionalmente ricondotte al *consulting engineering*, assumono combinazioni multiple, il che conferma che non è possibile ricondurre il contratto di *engineering* al paradigma *consulting-commercial*. Accanto a quest'attività troviamo il *construction management* per quanto riguarda la direzione, il coordinamento e la supervisione dell'opera. Inoltre vi è l'attività denominata *operation and maintenance* con la quale sono effettuati dalla società di *engineering* la selezione e l'addestramento del personale necessario per far funzionare gli impianti. Queste due attività sono riconducibili ad una attività esecutiva in senso ampio. Come riferisce R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 32, le modalità di realizzazione dell'opera progettata non sono uniformi, potendo includere l'esecuzione delle prestazioni relative all'ingegneria di base, la fornitura di materiale e l'attrezzatura, la trasmissione di *know how*, i servizi di supervisione al montaggio, di assistenza tecnica, di collaudo (*test run*), essendo molto complessa la prestazione quando si incarica di realizzare l'opera «chiavi in mano».

<sup>14</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 108, in questo contesto, si riferisce alla «*delocalizzazione*» o «*internazionalizzazione*» di questo contratto, anche se esso rimane compatibile con i diritti nazionali. Le società di *engineering* hanno una vocazione internazionale, trasferendo tecnologia e *know-how* in un paese senza adeguate capacità progettuali e manageriali. Cfr. G. BAUSILIO, *op. cit.*, 209-210.

<sup>15</sup> R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 138. Come osserva l'autrice, *op. cit.*, 106-107, i modelli contrattuali *standard* del commercio internazionale svolgono un ruolo rilevante nella fisionomia del contratto, assicurando l'uniformità richiesta dalla contrattazione internazionale. La *ratio* giustificatrice delle meritevolezza degli interessi tutelati ai sensi dell'art. 1322 c.c. è l'«*espansione del commercio internazionale*» (cfr. R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 134).

minare le norme e le pronunce della Corte di Giustizia che trattano il tema del distacco dei lavoratori nell'UE per verificarne le ricadute sul contratto di *engineering*.

## 2. Il distacco dei lavoratori

Il quadro giuridico del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, previsto dalla direttiva 96/71/CE, è attualmente un tema particolarmente importante perché la Commissione Europea, l'8 marzo 2016, con riguardo agli orientamenti politici ed al programma di lavoro per il 2016, ha reso noto che effettuerà una revisione legislativa della direttiva sul distacco dei lavoratori per contrastare le pratiche sleali<sup>16</sup>.

La regolazione del distacco dei lavoratori contenuta nella direttiva 96/71/CE, nonché l'annunciata revisione specifica della direttiva sul distacco dei lavoratori sono destinate a combattere il *dumping* sociale risultante dall'applicazione ai lavoratori distaccati delle condizioni meno favorevoli rispetto a quelle del paese di provenienza. Infatti, con la costruzione del mercato interno ancorato al principio della libera prestazione dei servizi statuito nell'art. 56 TFUE (art. 49 CE), diventa comune il distacco dei lavoratori per prestare, per un periodo limitato, un servizio in un altro Stato membro<sup>17</sup>.

Il distacco solleva immediatamente la questione di quale sia la legge applicabile ai lavoratori distaccati, tenendo in particolare considerazione l'ipotesi in cui le condizioni sancite nel paese di origine siano meno favorevoli di quelle applicabili nel paese ospite. In effetti, la Convenzione

<sup>16</sup> Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di prestazioni di servizi, in G.U. L018 del 21.1.1997, 1-6. Secondo i dati diffusi dalla Commissione Europea, il numero di lavoratori distaccati nell'UE è aumentato di quasi il 45% tra il 2010 e il 2014. Nel 2014 ci sono stati 1,9 milioni di lavoratori distaccati nell'UE, con un aumento rispetto ai dati del 2010 (1,3 milioni) e del 2013 (1,7 milioni). Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm). Nel 2015 ci sono stati 2,05 milioni di lavoratori distaccati nell'U.E. (v. Factsheet on posted workers in the E.U., disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-466\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_en.htm)).

<sup>17</sup> Il principio della libera prestazione dei servizi, come riferisce M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 7ª ed., Almedina, 2014, 565, si basa sul diritto di stabilimento (articoli 49 – 55 TFUE) e sulla libera prestazione di servizi (articoli 56 – 62 TFUE). Queste due ipotesi di fornitura di servizi, dato il contenuto distinto – poiché il primo ha un carattere permanente, mentre il secondo è temporaneo – non possono essere contemplate. Peraltro, in questa ricerca, ci concentreremo sulla libera prestazione dei servizi in senso stretto. Per ulteriori riferimenti a questo principio, cfr. GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.*, 579 ss.

di Roma del 1980, applicabile ai contratti conclusi fino al 17 dicembre 2009 in ossequio al principio di autonomia privata, sancito nell'art. 3, prevede, all'art. 6, comma 1, che il contratto di lavoro sia regolato dalla legge scelta dalle parti<sup>18</sup>.

Tuttavia questa facoltà, come statuito dal comma 1 dell'art. 6, soffre un'eccezione nel contratto di lavoro, perché la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del comma 2, dove sono comprese le regole sulla cessazione del rapporto di lavoro, nonché quelle relative alla responsabilità del datore di lavoro in caso di incidente sul lavoro<sup>19</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione di Roma, non possono essere derogati i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, considerati norme imperative<sup>20</sup>. In mancanza di scelta della legge è applicabile, ai sensi dell'art. 6, comma 2 lett. a), la *lex loci fori*, vale a dire la legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure, ai sensi della lett. b), nel caso in cui il lavoro venga svolto in Stati diversi, il contratto è regolato dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. È ammesso, tuttavia, che possa essere applicata la legge con la quale il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Sulle convenzioni internazionali dell'OIT in questa materia e sulla Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti, cfr. P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Almedina, 2015, 262-263.

<sup>19</sup> D. DE MOURA VICENTE, *Destacamento internacional de trabalhadores*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura – Volume II – Direito Comercial – Direito do Trabalho – Vária*, Coimbra, 2003, 791, che afferma che la disposizione citata nel testo riflette il compromesso tra il riconoscimento della facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile per i rapporti in cui sono coinvolti diversi ordinamenti nazionali e l'imposizione di restrizioni all'esercizio di tale facoltà, ogni volta che venga in considerazione la tutela degli interessi pubblici o della parte debole nel rapporto. Questo compromesso ha influenzato il diritto internazionale privato del XX secolo. D. DE MOURA VICENTE, *op. cit.*, 791, ritiene che tale disposizione sia un «*afloramento, em matéria de conflitos de leis no espaço, do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador*».

<sup>20</sup> Come riferisce P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, 265, la sentenza della Corte d'Appello di Lisbona del 24.11.1980, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1980, V, 56, ha deciso che tutto il diritto del lavoro, data la sua natura imperativa, integra l'ordine pubblico.

<sup>21</sup> Sarà il caso del lavoratore che svolge la sua attività in un paese diverso da quello della sede del datore di lavoro dove è pagato lo stipendio e sono dati ordini al lavoratore. Cfr. P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, 265 e D. DE MOURA VICENTE, *op. cit.*, 792.



Anche il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), applicabile ai contratti conclusi a partire dal 17 dicembre 2009, dispone, all'art. 8, lo stesso regime statuito dalla Convenzione di Roma, rinviando, in mancanza della legge scelta dalle parti, in virtù del principio di autonomia privata statuito nell'art. 3, alla *lex loci laboris*, affermando che la legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto di lavoro non si reputa cambiata quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo.

Analogamente all'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980, è anche ammessa nell'art. 8 del Regolamento Roma I la possibilità che il lavoratore svolga il lavoro in un altro paese in modo temporaneo, diverso dal paese in cui il lavoro è svolto abitualmente, e che il contratto di lavoro presenti un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai commi 2 o 3<sup>22</sup>. Ora, alla luce delle regole dell'art. 6, comma 2 lett. a) della Convenzione di Roma del 1980 e, successivamente, dell'art. 8, comma 2, del Regolamento Roma I, si può affermare che il distacco dei lavoratori non influisce sulla legge applicabile al contratto di lavoro<sup>23</sup>.

L'applicazione della legge del paese di origine, legittimata dalle norme di conflitto applicabili, sempre che le condizioni siano meno favorevoli, potrebbe quindi condurre al *dumping* sociale e alla distorsione della concorrenza, consentendo che le imprese dei paesi in cui la mano d'opera è più economica propongano prezzi più competitivi di quelli delle imprese nazionali, che devono sopportare costi del personale più elevati in quanto costrette ad applicare il diritto nazionale<sup>24</sup>. Così, al fine di pre-

<sup>22</sup> Un regime molto vicino a quello previsto dall'art. 6 del CT2003 (Codice del lavoro), che rende quindi difficile capire, secondo P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, 266, la ragione dell'abrogazione di questa norma, che rimane in vigore solo per i contratti stipulati fino al 16 dicembre 2009. P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, 266 osserva che la Convenzione di Roma, il Regolamento Roma I, il Codice civile e il Codice del lavoro non trattano della scelta del contratto collettivo applicabile. La questione, secondo P. ROMANO MARTINEZ, *ibid.*, sarà quindi consegnata alla libertà contrattuale delle parti, che predisporranno una apposita clausola contrattuale.

<sup>23</sup> Ciò è confermato dall'applicazione della legislazione in materia di sicurezza sociale del paese di origine, con riferimento a un distacco non superiore a 24 mesi, ai sensi del regolamento (CE) n. 883/2004.

<sup>24</sup> Possiamo illustrare le differenze confrontando le tabelle salariali tra il Contratto Collettivo fra AECOPS – Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas e Serviços e outras e a FETESE – Federação dos Sindicatos da Indústria e Serviços, Boletim de Trabalho e Emprego n° 30, 1ª série del 15 Agosto 2016, e il *Joint Committee for Construction* (JC 124) in Belgio, per quanto riguarda la retri-

venire il *dumping* sociale e la distorsione della concorrenza, con evidente svantaggio dei lavoratori, delle imprese e delle economie nazionali, la direttiva 96/71/CE disciplina il distacco dei lavoratori<sup>25</sup>.

Risulta espressamente dai considerando che la direttiva vuole conciliare il principio della libera prestazione dei servizi, sancito dall'art. 56 TFUE – una delle pietre angolari del mercato unico – con la necessità di imporre una concorrenza leale e di tutelare i diritti dei lavoratori<sup>26</sup>. Così, prendendo come punto di partenza le norme di conflitto della Convenzione di Roma e, in particolare, le limitazioni previste dall'art. 6 per la scelta della legge applicabile ogni volta che questa deroghi la protezione offerta dalle disposizioni imperative della legge applicabile ai sensi del comma 2, e la possibilità, risultante dall'art. 7, che in concomitanza con la legge dichiarata applicabile possano essere applicate le disposizioni imperative di un'altra legge, in particolare quelle dello Stato membro in cui il lavoratore, per un periodo limitato, svolge il lavoro, la direttiva ha come fine quello di stabilire un quadro giuridico che ora analizzeremo, anche se brevemente, per promuovere la libera circolazione dei servizi, salvaguardando al contempo la concorrenza leale e i diritti dei lavoratori.

### 3. *Il quadro giuridico applicabile ai lavoratori distaccati risultante dalla direttiva 96/71/CE*

Prima, però, di analizzare il quadro giuridico derivante dalla direttiva, si deve rilevare che il distacco, ai fini della direttiva, corrisponde alla prestazione dell'attività del lavoratore, per un periodo limitato, nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente<sup>27</sup>.

buzione di un operaio edile generico. Nel contratto collettivo viene assegnato all'operaio edile generico in Portogallo, uno stipendio di € 557,00, il salario minimo in Portogallo dal gennaio 2017, mentre l'operaio edile generico in Belgio, ogni mese ha diritto a € 2.176,48.

<sup>25</sup> La direttiva stabilisce al comma 1 dell'art. 1 che si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, in conformità del comma 3, distaccano lavoratori nel territorio di uno Stato membro, con espressa esclusione di cui al comma 2 (imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante). La direttiva, tuttavia, riguarda anche i lavoratori di imprese stabilite in uno Stato che non è uno Stato membro, come risulta dal divieto, previsto nel comma 4 dell'art. 1, che queste imprese ricevano un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro. Cfr. D. DE MOURA VICENTE, *op. cit.*, 795.

<sup>26</sup> Cfr. i considerando 1 - 5.

La direttiva, ai sensi dell'art. 3, comma 1, è applicabile alle imprese che:

a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno Stato membro nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro;

b) distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo;

c) distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> In relazione alla nozione di lavoratore, nonostante la direttiva ne abbia affidato la definizione alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio è distaccato – e ciò è stato criticato in modo appropriato da D. DE MOURA VICENTE, *op. cit.*, 794 – la direttiva definisce il lavoratore distaccato, ai sensi dell'art. 2, come «lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente». La spiegazione di questo concetto verrà offerta successivamente nella Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»), in GU L 159 del 28.5.2014, 11–31, quando si rende necessario, per la migliore attuazione della direttiva 96/71/CE, definire, nell'articolo 4, un elenco di elementi fattuali che intervengono nella valutazione volta ad accertare se una determinata situazione costituisca un autentico distacco. Il lavoratore distaccato, come la Commissione ha cura di rilevare, non coincide con il lavoratore mobile dell'UE. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm). A questo proposito, la Commissione evidenzia che i lavoratori mobili dell'UE si spostano in un altro Stato membro per entrare nel mercato del lavoro per un lungo periodo o su base permanente, mentre i lavoratori distaccati in un altro Stato membro vi operano il tempo necessario per la prestazione del servizio, e rimangono alle dipendenze dell'impresa che li invia. Ciò si riflette nel fatto che i lavoratori mobili sono soggetti al regime di previdenza sociale del paese ospitante, mentre i lavoratori distaccati, sempre che il distacco sia inferiore a 24 mesi, sono coperti dal sistema di sicurezza sociale del paese di origine. I lavoratori mobili sono tutelati dal principio di libera circolazione dei lavoratori, previsto negli artt. 45-48 TFUE, mentre i lavoratori distaccati sono assoggettati al principio della libera prestazione dei servizi sancito negli articoli citati 56 – 62 del TFUE, che assicura ai loro datori di lavoro la libera prestazione di servizi in altri Stati membri.

<sup>28</sup> La direttiva, al considerando 19, prevede espressamente che questo non comporta l'obbligo di riconoscimento giuridico delle imprese di lavoro temporaneo, né impedisce agli Stati membri di applicare la loro legislazione in materia di cessione temporanea di manodopera e di imprese di lavoro temporaneo presso imprese che

È condizione dell'applicazione della direttiva che, durante il periodo di distacco, esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia.

In questo senso la direttiva 96/71/CE prevede, qualunque sia la legge del rapporto di lavoro, che siano applicabili, ai lavoratori distaccati per svolgere lavoro nel territorio di un paese dell'Unione europea, le condizioni di lavoro e di occupazione relative a: a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario (il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria)<sup>29</sup>; d) condizioni di cessione temporanea di lavoratori e, in particolare, la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

L'elenco delle materie regolate dalla legislazione del paese ospite mostra un approccio essenzialmente economico al tema, impedendo la distorsione della concorrenza, ma include altresì misure di tutela relative alle condizioni di lavoro e di occupazione delle gestanti e puerpere, bambini e giovani e la parità di trattamento<sup>30</sup>.

Queste condizioni di lavoro, ai sensi dell'art. 3, comma 1, sono stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o, se sono coinvolte attività legate alla costruzione, da altre fonti come i contratti collettivi o gli arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del comma 8<sup>31</sup>.

non sono stabilite nel loro territorio, ma vi esercitano attività nel quadro di una prestazione di servizi. La legislazione europea prevede che, in un contesto nazionale, i lavoratori assunti da una impresa di lavoro temporaneo dovrebbero essere soggetti alle stesse condizioni di lavoro applicabili ai loro colleghi nell'impresa dove lavorano.

Questo principio, tuttavia, non si applica necessariamente ai lavoratori distaccati delle imprese di lavoro temporaneo di un altro Stato membro. La proposta di revisione si propone di estendere il principio della parità di trattamento con i lavoratori tramite agenzia interinale locali ai lavoratori tramite agenzia interinale distaccati, con un allineamento all'attuale legislazione sul lavoro tramite agenzia interinale a livello nazionale. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm).

<sup>29</sup> Ai sensi del comma 7 dell'art. 3 della direttiva, si ritiene che le indennità specifiche per il distacco siano considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio.

<sup>30</sup> Cfr. P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, 270.

<sup>31</sup> Sono considerati «accordi o arbitrati di applicazione generale collettiva» ai fini

La direttiva si propone quindi l'obiettivo, dichiarato nel considerando 14, di promuovere l'applicazione di un «nocciolo duro» di norme di protezione minima statuite dall'ordinamento del paese ospite, vincolanti per i datori di lavoro che distaccano dipendenti per svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro<sup>32</sup>.

Essendo, quindi, quello delle costruzioni, un settore che ha bisogno di una più elevata protezione, si applicano le disposizioni dei contratti collettivi o degli arbitrati dichiarati di applicazione generale<sup>33</sup>.

Nell'Unione Europea, a differenza di quanto accade in Portogallo, dove la contrattazione collettiva è in uno stato letargico a cui contribuiscono associazioni di datori di lavoro, sindacati dei lavoratori e il governo, la contrattazione collettiva è vista come un potente strumento per lo sviluppo della disciplina giuridica del lavoro, responsabile per la regolazione di vari aspetti pretermessi dalla legge<sup>34</sup>.

La direttiva, tuttavia, prevede (art. 3, comma 8) che gli Stati membri, in mancanza di un sistema di applicazione generale di contratti collet-

della direttiva quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessata.

<sup>32</sup> Come riferisce D. DE MOURA VICENTE, *op. cit.*, 795, la durata del lavoro può portare a deviazioni nell'applicazione della direttiva, come risulta dall'art. 3, comma 2, quando esclude dalle norme della direttiva sul salario minimo e sulla durata minima delle ferie annuali i lavori di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di beni, indispensabili per mettere in funzione il bene fornito ed eseguiti dai lavoratori qualificati e/o specializzati dell'impresa di fornitura, quando la durata del distacco non è superiore a otto giorni. Anche nei commi 3 e 4 dell'art. 3 è consentito derogare alle disposizioni della direttiva relative al salario minimo se la durata del distacco non è superiore a un mese (art. 3, commi 3 e 4). La natura del lavoro può anche giustificare la deroga della direttiva per quanto riguarda il salario minimo e la durata minima delle ferie annuali come previsto nell'art. 3, comma 5, dove sono esclusi distacchi a causa della scarsa entità dei lavori da effettuare, dal momento che la definizione di questo concetto è affidata al diritto nazionale degli Stati membri.

<sup>33</sup> Come è stato annunciato dalla Commissione europea, il settore delle costruzioni è, di per sé, il 43,7% del numero totale di distacchi, seguito dal settore manifatturiero (21,8%), dall'istruzione, dai servizi sanitari e sociali (13,5%) e dai servizi alle imprese (10,3%). Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva relativa al distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm).

<sup>34</sup> L'importanza della contrattazione collettiva è evidente nel TFUE, quando ha riconosciuto la possibilità, da un lato, di trasposizione di una direttiva o un accordo europeo per la contrattazione collettiva a livello nazionale ai sensi dell'art. 153, comma 3, TFUE e, dall'altro, che i sindacati e le associazioni di datori di lavoro concludano un accordo previsto dagli artt. 154, comma 4 e 155 TFUE. Cfr. A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16ª ed., Almedina, 2012, 72.

tivi o di arbitrati di cui al primo comma, possano, se così decidono, di avvalersi:

- dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito dell'applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o;
- dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

La direttiva esige la parità di trattamento circa le materie di cui al primo comma dell'art. 3, fra tali imprese e le altre imprese di cui al medesimo comma che si trovino in una situazione analoga.

In conformità con il principio del trattamento più favorevole del lavoratore, questa protezione minima di base nel paese ospite non osta all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori, ai sensi dell'art. 3, comma 7.

Il comma 10 dell'art. 3 ammette che gli Stati membri impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al comma primo dello stesso articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico e condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del comma 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato.

Questa norma standard è venuta così a creare le condizioni per l'applicazione delle disposizioni imperative di diritto interno, quanto a materie diverse da quelle elencate nell'art. 3, comma 1, che, come risulterà dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) che seguirà, in alcuni casi è un ostacolo alla libera prestazione dei servizi sancita nell'art. 56 del TFUE, costituendo uno strumento protezionistico per le imprese nazionali.

In effetti, gli elevati costi derivanti dall'applicazione delle norme del diritto nazionale fuori dell'ambito minimo statuito dall'art. 3, comma 1, possono creare condizioni disuguali di concorrenza a favore di società nazionali, dissuadendo le imprese stabilite in uno Stato membro dal fornire servizi in altri Stati membri a causa appunto dei costi elevati a cui sarebbero assoggettati. Anche l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nei contratti collettivi relativi ad altri settori diversi da quello della costruzione può produrre gli stessi effetti. Ciò significa che il contratto di lavoro può, ai sensi della direttiva, essere regolato dalla legge scelta dalle parti, secondo gli artt. 3 e 6, comma 1 della Convenzione di Roma del 1980, ancora applicabile ai contratti conclusi fino al 16 dicembre 2009, e gli artt. 3 e 8, comma 1, del Regolamento Roma I.

In mancanza della legge scelta dalle parti, il contratto di lavoro è sog-

getto alla legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente l'attività, ossia il paese di origine, ex art. 6, comma 2 della Convenzione di Roma del 1980 e all'art. 8, comma 2, del Regolamento Roma I, senza escludere la legge applicabile in virtù della lettera b) dell'art. 6 e dei commi 3 e 4 dell'art. 8.

Nonostante ciò, le materie elencate nella direttiva sono regolate dalla legge del paese in cui il lavoratore è distaccato, quando detto paese preveda un quadro giuridico più favorevole.

La legge del paese di origine può anche essere derogata ai sensi dell'art. 3, comma 10. Alla luce di tale disposizione gli Stati membri, nel rispetto del Trattato, possono imporre alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico, oppure condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del comma 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato.

Il regime giuridico applicabile al contratto di lavoro, nell'ambito del distacco, è pertanto molto complesso. Tale complessità deriva in gran parte dalla tutela della concorrenza e dei lavoratori distaccati, attraverso l'applicazione della legislazione del paese ospite che comprende la contrattazione collettiva, stabilita dalla direttiva 96/71/CE, escludendo la legge del paese di origine, la cui applicazione è dettata dalle norme di diritto privato. D'altra parte, il confronto di questo complesso quadro giuridico con il principio della libera prestazione dei servizi, uno strumento essenziale della costruzione del mercato interno, è alla base di alcune controversie che la CGUE, nel corso degli anni, ha esaminato, tentando di conciliare la libera prestazione dei servizi e la tutela delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati.

#### *4. Il distacco dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

##### *4.1 Sentenza Arblade<sup>35</sup>*

Questa sentenza ha evidenziato che, in una certa misura, il quadro giuridico derivante dalla direttiva 96/71/CE può collidere con il diritto alla libera prestazione di servizi.

Il caso esaminato dalla sentenza riguardava il distacco dei lavoratori

<sup>35</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL (C-369/96) e Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL (C-376/96), Cause riunite C-369/96 e C-376/96, in Racc. 1999, I-08453.

tra due società francesi, Arblade e Leloup SARL, in Belgio, operanti nel settore della costruzione. Le società francesi, così come i loro manager, Jean-Claude Arblade, Bernard Leloup e Serge Leloup, sono stati oggetto di un procedimento penale in Belgio, a causa della violazione di numerosi obblighi imposti dalla legge belga relativi al pagamento del salario minimo previsto dal contratto collettivo, al versamento di contributi a un fondo speciale per proteggere i lavoratori (*marche intemperie e marche fedeltà*), alla redazione di documenti sociali e di lavoro sostanzialmente equiparabili a quelli che già tengono nel luogo in cui sono stabilite, alla tenuta dei documenti sociali e di lavoro nel territorio dello Stato membro ospitante, e, dopo la cessazione dell'attività nello Stato membro ospitante, presso il domicilio, situato nel detto Stato, di una persona fisica.

Oltre all'applicazione del salario minimo, materia inclusa nel nucleo di protezione minima che deve essere assicurata al lavoratore ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva, è stato contestato anche l'esercizio, da parte del Belgio, della facoltà prevista nel comma 10, dell'art. 3 della direttiva. Tale disposizione è infatti da considerare applicabile ai lavoratori distaccati sul presupposto che, per la sua fondamentale importanza, integra l'ordine pubblico. La Corte di Giustizia ritiene che l'art. 49 del Trattato CE (oggi art. 56 TFUE) richieda l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, ancorché essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, se essa è tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi<sup>36</sup>.

La Corte di Giustizia, tuttavia, ha dichiarato che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»<sup>37</sup>, aggiungendo che tra le ragioni imperative d'in-

<sup>36</sup> Cfr. Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 33. Il diritto comunitario, tuttavia, non osta a che gli Stati membri estendano la loro legislazione o gli accordi collettivi di lavoro sui salari minimi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneamente, sul loro territorio, e non vieta nemmeno agli Stati membri d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati. Cfr. Corte Giust. 27.3.1990, Rush Portuguesa, Causa C-113/89, in Racc. 1990, I-01417, ECLI:UE:C:1990:142, punto 18.

<sup>37</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 34.



teresse generale già riconosciute dalla Corte vi è la tutela dei lavoratori e, in particolare, la tutela sociale dei lavoratori del settore edile<sup>38</sup>.

La Corte di Giustizia richiede, tuttavia, seguendo la giurisprudenza precedente, che l'applicazione delle norme nazionali dei fornitori degli Stati membri stabiliti in altri Stati membri debba essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e che non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento<sup>39</sup>.

Ora, per quanto riguarda l'obbligo di versare contributi padronali ai regimi belgi di «marche-intemperie» e di «marche-fedeltà», è stato dimostrato che Arblade e Leloup sono già soggetti ad obblighi, se non identici, almeno paragonabili o quanto meno equiparabili sotto il profilo della loro finalità, per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi, nello Stato membro in cui sono stabiliti. La Corte ha deciso pertanto che chiedere al datore di lavoro di versare i contributi dei datori di lavoro ad un fondo dello Stato membro di ricezione, oltre ai contributi che egli ha già versato agli enti dello Stato membro in cui è stabilito, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi<sup>40</sup>.

La Corte ha lucidamente sottolineato – seguendo la sentenza *Guiot* – che l'interesse generale inerente alla tutela sociale dei lavoratori del settore edile e al controllo della sua osservanza, a causa di condizioni peculiari di questo settore, può costituire una ragione imperativa che giustifichi l'imposizione di obblighi atti a costituire restrizioni alla libera prestazione dei servizi al datore di lavoro stabilito in un altro Stato membro che svolga una prestazione di servizi nello Stato membro ospitante; ma ciò non si verificherebbe nel caso in cui i lavoratori di cui trattasi usufruissero della stessa tutela o di una tutela essenzialmente comparabile, grazie ai contributi datoriali già versati dal datore di lavoro nel suo Stato membro di stabilimento<sup>41</sup>. Infatti, considerato che gli interessi che la normativa belga intendeva proteggere sono già adeguatamente tutelati dalle norme, sostanzialmente comparabili, vigenti in Francia, il principio

<sup>38</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punti 35 e 36. Nella sentenza del Tribunale del 28.3.1996, Michel Guiot e Climatec SA, Causa C-272/94, in Racc. 1996, I-01905, punto 16, dove era anche discusso il dovere del datore di lavoro di dipendenti distaccati, di versare contributi padronali a titolo di «marche-fedeltà» e di «marche-intemperie», si è ritenuto che l'interesse generale legato alla protezione sociale dei lavoratori nel settore delle costruzioni, a causa di condizioni specifiche di tale settore, può costituire una ragione imperativa per giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

<sup>39</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 35.

<sup>40</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punti 48 e 50.

<sup>41</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 51; Corte Giust. 28.3.1996, Michel Guiot, punto 17.

della libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità era ristretto in modo sproporzionato<sup>42</sup>.

Infine, per quanto riguarda l'obbligo previsto dalla normativa belga di rilasciare a ciascun lavoratore una scheda individuale, si considera che tale obbligo sia indissolubilmente connesso a quello di versare i contributi per le «*marche-intemperie*» e le «*marche-fedeltà*». La Corte di Giustizia ha ritenuto che, essendo l'impresa già soggetta ad obblighi sostanzialmente equiparabili per i medesimi lavoratori e per i periodi di attività nello Stato membro di in cui è stabilita, la stessa è obbligata a rilasciare ai lavoratori distaccati soltanto i documenti equivalenti previsti dalla normativa dello Stato membro di stabilimento<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda l'obbligo di redigere un regolamento in materia di lavoro, di tenere un registro speciale del personale e, per ciascun lavoratore distaccato, un conto individuale, è risultato provato che Arblade e Leloup sono già soggetti a obblighi analoghi, per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività nello Stato membro di origine.

La Corte ha rilevato che l'obbligo di predisporre e conservare alcuni documenti complementari nello Stato membro ospitante comporta spese nonché oneri amministrativi ed economici supplementari per le imprese stabilite in un altro Stato membro, con la conseguenza che dette imprese non sono in condizioni di parità, dal punto di vista della concorrenza, con i datori di lavoro stabiliti nello Stato membro ospitante. Per tale ragione obblighi di tale natura costituiscono una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato CE (divenuto art. 56 TFUE)<sup>44</sup>. A proposito degli obblighi di tenere e conservare i documenti sociali (registro del personale e conti individuali) dei lavoratori distaccati nello Stato membro ospitante presso il domicilio, sito in tale Stato, di una persona fisica che provveda a tenere tali documenti in quanto mandatario o incaricato, la Corte ha ammesso che l'obbligo del datore di la-

<sup>42</sup> A questo proposito, la Corte di Giustizia ha dichiarato che solo nel caso in cui i contributi padronali agli enti previdenziali dello Stato membro ospitante attribuiscono ai lavoratori un vantaggio idoneo a garantire loro un'effettiva tutela aggiuntiva, di cui altrimenti non fruirebbero, il loro versamento potrebbe essere giustificato, e ciò unicamente qualora questi stessi contributi siano richiesti nei confronti di qualunque prestatore di servizi operante sul territorio nazionale nel settore interessato (Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 54).

<sup>43</sup> Corte Giust. 23.11.1999, Arblade, punto 58. La Corte di Giustizia avverte che nel caso in cui lo Stato di origine non preveda la consegna dei documenti ai dipendenti, l'impresa deve dimostrare alle autorità degli Stati membri solamente che ha puntualmente versato i contributi previsti dalla legislazione nazionale.

<sup>44</sup> La Corte ritiene, al punto 60, che tale restrizione possa essere giustificata nel caso in cui sia necessaria per tutelare effettivamente e con i mezzi appropriati la ragione imperativa d'interesse generale costituita dalla tutela sociale dei lavoratori.

voro stabilito in un altro Stato membro di avere alcuni documenti a disposizione in loco o almeno in una posizione accessibile può essere richiesto, ciò al fine di un efficace controllo da parte delle autorità dello Stato membro di destinazione<sup>45</sup>.

Tuttavia si ritiene che, in questo caso, l'obbligo di tenere a disposizione e di conservare taluni documenti presso il domicilio di una persona fisica residente nello Stato membro ospite anche dopo che il datore di lavoro ha smesso di impiegare lavoratori in tale Stato non giustifichi una simile restrizione alla libera prestazione dei servizi<sup>46</sup>.

Infine, la Corte ha riferito che il sistema organizzato di cooperazione o di scambio di informazioni fra Stati membri previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71 renderà prossimamente superflua la conservazione dei documenti nello Stato membro ospitante dopo che il datore di lavoro ha cessato di occuparvi lavoratori<sup>47</sup>.

La Corte ha analizzato questi aspetti alcuni anni più tardi nella sentenza *Vítor Manuel dos Santos Palhota*<sup>48</sup>, in cui il punto principale era il fatto che la *Termiso Limited*, una società portoghese, distaccava regolarmente saldatori e montatori portoghesi sul cantiere navale di Antwerp

<sup>45</sup> Corte Giust. 23.11.1999, *Arblade*, punto 74.

<sup>46</sup> Corte Giust. 23.11.1999, *Arblade*, punto 76. Lo stesso succede a proposito dell'obbligo di designare un rappresentante del datore di lavoro. La Corte di Giustizia ha sostenuto che l'osservanza delle norme di tutela sociale dei lavoratori del settore può essere garantita con misure meno restrittive osservando, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale, che quando il datore di lavoro stabilito in un altro Stato membro non occupa più lavoratori in Belgio, i documenti sociali possono essere inviati alle autorità nazionali che potrebbero controllarli e, se del caso, conservarli (cfr. Corte Giust. 23.11.1999, *Arblade*, punti 77 e 78).

<sup>47</sup> Corte Giust. 23.11.1999, *Arblade*, punto 79. Questo è un aspetto in cui assume rilevanza la Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, che ha imposto, all'art. 5, l'obbligo degli Stati membri di diffondere gratuitamente informazioni sulle condizioni di lavoro e dei contratti collettivi applicabili ai lavoratori distaccati sull'unico sito web ufficiale nazionale nelle lingue ufficiali dello Stato membro ospitante e nelle lingue più pertinenti in funzione delle esigenze del mercato del lavoro. D'altra parte, negli artt. 6 e 7 vengono stabilite regole per migliorare la cooperazione tra le autorità nazionali preposte ai distacchi. In questo senso sono apportate modifiche al Regolamento (UE) n. 1024/2012 UE, relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»), in modo che quest'ultimo – uno strumento elettronico multilingue che vuole facilitare la comunicazione tra le autorità nazionali, regionali e locali – possa superare i problemi nello scambio di informazioni o sopperire al rifiuto di fornire i dati richiesti.

<sup>48</sup> Corte Giust. 7.10.2010, *Vítor Manuel dos Santos Palhota e altri*, Causa C-515/08, in Racc. 2010, I-09133.

Shiprepair NV per realizzare lavori su talune navi. In alcune occasioni i servizi ispettivi avevano constatato che vi erano occupati 53 impiegati portoghesi della Termiso Limitada, nessuno dei quali era stato oggetto di una previa dichiarazione di distacco, e che il caporeparto portoghese non aveva potuto produrre nessun documento salariale portoghese, violando così le disposizioni di diritto belga.

In questo caso, il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità dell'obbligo di imporre ai datori di lavoro di altri Stati membri, che desiderano distaccare lavoratori, l'obbligo di fare una dichiarazione di distacco, così come l'obbligo di mettere a disposizione delle autorità nazionali durante il periodo di distacco le copie dei documenti equivalenti al conteggio individuale o alla liquidazione del salario belga.

Per quanto riguarda la dichiarazione preventiva di distacco, il governo belga, seguendo la sentenza *Arblade*, ha introdotto un regime semplificato secondo il quale, per un periodo di sei mesi a partire dall'inizio dell'occupazione del primo lavoratore distaccato, i datori di lavoro che distaccano lavoratori sul territorio belga non sono tenuti a redigere, in particolare, il conteggio individuale e la liquidazione del salario richiesti dalla normativa belga, purché essi, in primo luogo, inviino una previa dichiarazione di distacco alle autorità belghe e, in secondo luogo, tengano a disposizione di queste ultime una copia dei documenti equivalenti<sup>49</sup>. Questo regime richiede che le autorità belghe certifichino il ricevimento e la conformità di siffatta dichiarazione in cinque giorni lavorativi dal ricevimento, mediante la notifica di un numero di registrazione al datore dei lavoratori da distaccare. D'altra parte, il distacco può iniziare soltanto dopo la data di detta notifica, in mancanza della quale il datore di lavoro non può beneficiare del regime semplificato<sup>50</sup>.

La Corte di Giustizia ha deciso che la previa dichiarazione di distacco non può essere qualificata come semplice comunicazione, infatti l'avvocato generale nelle conclusioni riferisce che la mera trasmissione di informazioni alle autorità del paese ospitante, così come la conferma della ricezione delle informazioni stesse, hanno la capacità potenziale di convertirsi in meccanismi di controllo che precedono l'inizio della prestazione, rivestendo le caratteristiche di un procedimento di autorizzazione amministrativa<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Corte Giust. 7.10.2010, Pahlota, punto 30.

<sup>50</sup> Corte Giust. 7.10.2010, Pahlota, punti 31 e 33.

<sup>51</sup> Nella sentenza Corte Giust. 21.10.2004, Commissione delle Comunità europee contro Granducato di Lussemburgo, Causa C-445/03, in Racc. 2004, I-10191, l'obbligo di ottenere permessi di lavoro individuali il cui rilascio è subordinato a considerazioni relative al mercato del lavoro, ovvero l'obbligo di ottenere un'auto-

Per questo motivo la Corte di Giustizia ha deciso che l'obbligo di inviare una previa dichiarazione di distacco e la notifica del numero di registrazione, come previsto sotto il regime semplificato, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art 56 TFUE<sup>52</sup>.

rizzazione di lavoro collettiva concessa solo in casi eccezionali e a condizione che i lavoratori interessati siano legati alla loro impresa di origine da almeno sei mesi prima dell'inizio del loro distacco mediante contratti di lavoro a tempo indeterminato, che impone a tali prestatori di servizi l'obbligo di fornire una garanzia bancaria è incompatibile con l'art. 49 TCE (divenuto art. 56 TFUE). Per quanto riguarda l'obbligo concernente i contratti di lavoro a tempo indeterminato con una durata di almeno sei mesi, la Corte di Giustizia non ha accolto la tesi che il mercato del lavoro nazionale sia bloccato dai lavoratori degli altri stati membri (cfr. punti 30-33, 41, 50). Anche a questo proposito e seguendo la giurisprudenza della Corte, in particolare la sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 25 ottobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* (C-49/98), *Portugaia Construções Lda* (C-70/98) e *Engil Sociedade de Construção Civil SA* (C-71/98) contro *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft* e *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*, Cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, in Racc. 2001, I-07831, punto 22, i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro, che vengono temporaneamente inviati in un altro Stato membro per effettuare una prestazione di servizi, non intendono in alcun modo accedere al mercato del lavoro di quest'ultimo Stato, poiché essi tornano nel loro paese d'origine o di residenza dopo aver svolto il loro compito (punto 38). La Corte di Giustizia aggiunge che, secondo una giurisprudenza costante, misure che costituiscono una restrizione alla libera prestazione di servizi non possono essere giustificate da obiettivi di natura economica come la protezione delle imprese nazionali (punto 39). Nella sentenza Corte Giust. 1.10.2009, Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, Causa C-219/08, in Racc. 2009, I-09213, la Corte di Giustizia ha concluso che l'obbligo imposto da uno Stato membro ad un prestatore di servizi di rendere una mera dichiarazione preventiva che attesti che i lavoratori cittadini di Stati terzi distaccati in tale Stato membro sono in posizione regolare, in particolare per quanto concerne le condizioni di residenza, permesso di lavoro e copertura previdenziale nello Stato membro in cui il suddetto prestatore di servizi li occupa, costituisce una misura che, in linea di principio, non eccede quanto necessario per evitare gli abusi cui può portare l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi (cfr. punti 16 e 18).

<sup>52</sup> Assume una particolare gravità il fatto che il regime semplificato non ammette alcuna eccezione al procedimento per i distacchi urgenti (Corte Giust. 7.10.2010, *Palhota*, punti 37 e 40). Anche nella sentenza Corte Giust. 21.09.2006, Commissione Europea contro Repubblica d'Austria, Causa C-168/04, Racc. 2006 I-09041, la Corte ha ritenuto che una normativa nazionale che subordini al rilascio di un'autorizzazione amministrativa l'esercizio di prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (punti 40, 41, 68). La possibilità di un diniego automatico del titolo d'entrata e di soggiorno nell'ipotesi di ingresso di un lavoratore cittadino di uno Stato terzo legittimamente distaccato senza

#### 4.2. *Sentenza Mazzoleni*<sup>53</sup>

In questo caso, uno dei più rilevanti, la Corte di Giustizia ha dovuto pronunciarsi sulla questione dei distacchi di un'impresa stabilita in una zona frontaliere.

In effetti l'ISA, una impresa di sicurezza privata con sede in Francia vicino al confine con il Belgio, è stata accusata di non aver pagato ai propri dipendenti, che hanno prestato la loro attività per periodi molto brevi, il salario minimo praticato in questo paese per tale settore. Dal 1 gennaio 1996 al 14 luglio 1997 ISA, con sede a Mont-Saint-Martin, Francia, ha impiegato tredici lavoratori come agenti di sicurezza in un centro commerciale a Messancy, Belgio. Alcuni di questi lavoratori erano a tempo pieno in Belgio, mentre altri sono stati impiegati solo per una parte del tempo svolgendo anche, in aggiunta, le prestazioni di lavoro in Francia.

All'ISA è stato rimproverato di non aver rispettato l'obbligo di pagare una retribuzione non inferiore al salario minimo orario stabilito dal Contratto collettivo di lavoro del 14 giugno 1993, concernente la promozione dell'occupazione e la fissazione di talune condizioni di lavoro degli operai che effettuino attività di sorveglianza nel settore privato.

A suo favore, ISA ha sostenuto che la specificità dell'attività di sorveglianza implicava un avvicendamento del personale per evitare che lo stesso fosse troppo facilmente identificato dalla clientela e che i suoi lavoratori operavano «a tempo parziale» in Belgio, con conseguente inapplicabilità della direttiva 96/71/CE<sup>54</sup>. Secondo ISA i tredici lavoratori interessati beneficiavano, ai sensi della normativa francese, della stessa protezione o di una protezione essenzialmente simile a quella prevista dalla normativa belga<sup>55</sup>. Le retribuzioni minime francesi sarebbero inferiori, ma è necessario tener conto della situazione complessiva dei lavoratori, considerando l'incidenza del regime tributario (che, secondo l'ISA, è più favorevole in Francia), e della tutela previdenziale.

Premesso che, secondo una giurisprudenza costante, l'art. 59 del Trattato (ora art. 56 TFUE), richiede l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai presta-

visto è stato considerato un ostacolo alla libera prestazione dei servizi (cfr. punto 68).

<sup>53</sup> Corte Giust. 15.3.2001, André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, Causa C-165/98, in Racc. 2001, I-02189.

<sup>54</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 13.

<sup>55</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 14.

tori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora essa sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi, la Corte di Giustizia ha deciso che uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi<sup>56</sup>.

In realtà, secondo la giurisprudenza precedente, la libera prestazione dei servizi, come principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. Fra le ragioni imperative d'interesse generale già riconosciute dalla Corte vi è la tutela dei lavoratori<sup>57</sup>.

D'altra parte, secondo la costante giurisprudenza, l'applicazione delle norme nazionali ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri deve essere idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento<sup>58</sup>.

La Corte di Giustizia ha ammesso che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali in materia di retribuzioni minime a chiunque svolga un lavoro subordinato, ancorché temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro, imponendo ad un'impresa di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato<sup>59</sup>. Tuttavia si ritiene che non si possa escludere che ci siano casi in cui l'applicazione di siffatte normative non sia né necessaria né proporzionata rispetto allo scopo perseguito, cioè la tutela dei lavoratori interessati<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punti 22-23. L'applicazione delle normative nazionali dello Stato membro ospitante ai prestatori di servizi può vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le prestazioni di servizi se essa comporta spese nonché oneri amministrativi ed economici supplementari. Cfr. Corte Giust. 15.03.2001, Mazzoleni, punto 24.

<sup>57</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punti 25 e 27, ribadendo, tra le altre, le sentenze del 28.3.1996, Guiot, punto 11 e 23.11.1999, Arblade, punti 34 e 36, già citati.

<sup>58</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 26, e già la sentenza Guiot, punti 11-13, Arblade, punto 35.

<sup>59</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punti 28 e 29.

<sup>60</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 30.

Così, considerando la tesi sostenuta dall'ISA, la specificità dell'attività di sorveglianza e il fatto che i dipendenti, soggetti al diritto sociale e fiscale francese, si trovano in una situazione simile, o anche più favorevole, rispetto a quella in cui si troverebbero se fossero soggetti alla legge belga nonostante il salario minimo stabilito dalle norme francesi sia inferiore a quello stabilito dalla legge belga, la Corte ritiene necessario che le autorità nazionali degli Stati membri ospitanti, prima di applicare la loro normativa ad un prestatore di servizi stabilito in una zona limitrofa di un altro Stato membro, esaminino se l'applicazione di detta normativa sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati<sup>61</sup>.

Questo perché, riferisce la Corte di Giustizia, lo scopo dello Stato membro ospitante di garantire ai dipendenti di detti prestatori di servizi lo stesso livello di tutela sociale che si applica sul suo territorio ai lavoratori dello stesso settore può essere considerato raggiunto se tutti i lavoratori interessati fruiscono di una situazione equivalente nel suo complesso con riguardo alle retribuzioni, al fisco e agli oneri previdenziali nello Stato membro ospitante e nello Stato membro di stabilimento<sup>62</sup>. I salari minimi francesi erano più bassi, ma era necessario, ai fini del confronto, considerare la situazione complessiva dei lavoratori, compresa la pressione fiscale, più favorevole in Francia, e la sicurezza sociale.

La Corte di Giustizia, in questi casi, ha sostenuto che le imprese non dovrebbero essere soggette alle norme rigorose che si applicherebbero a distacchi a più lungo termine, dal momento che le tutele del lavoro nel paese di origine, sulla sicurezza sociale e sul salario minimo conferiscono una protezione equivalente o simile ai lavoratori distaccati. Di conseguenza la Corte ha deciso che il principio della libera prestazione dei servizi sancito nell'art. 59 (ora nell'art. 56 TFUE) non osta a che uno Stato membro imponga ad un'impresa stabilita in un altro Stato membro che effettui una prestazione di servizi sul territorio del primo Stato di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato. Tuttavia l'applicazione di siffatte norme può rivelarsi sproporzionata nel caso dei dipendenti di una impresa con sede in una zona frontiera che sono tenuti ad effettuare, a tempo parziale e per brevi periodi, una parte del loro lavoro sul territorio di uno Stato membro. Le competenti autorità dello Stato membro ospitante devono poi stabilire se, e in quale misura, l'applicazione di una normativa nazionale che impone una retribuzione minima a detta impresa sia necessaria e proporzionata per garantire la tutela dei lavoratori interessati<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 34.

<sup>62</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 35.

<sup>63</sup> Corte Giust. 15.3.2001, Mazzoleni, punto 41.



#### 4.3. Sentenza *Portugaia Construções*<sup>64</sup>

In questa sentenza la Corte di Giustizia si occupa di *Portugaia*, una impresa con sede in Portogallo, che tra il marzo e il luglio 1997 ha effettuato lavori di costruzione in Germania, a Tauberbischofsheim. Per l'esecuzione di tali lavori, essa procedeva al distacco presso tale cantiere di diversi suoi operai.

In seguito ad una ispezione per verificare le condizioni di lavoro nel cantiere effettuata dall'ufficio del lavoro di Tauberbischofsheim, è emerso che *Portugaia* versava ai lavoratori sottoposti all'ispezione un salario inferiore al salario minimo convenuto nel contratto collettivo per il settore delle costruzioni dell'AEntG (*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*) sul distacco dei lavoratori, in cui si afferma che taluni contratti collettivi di applicazione generale valgono per gli imprenditori stabiliti all'estero e per i loro lavoratori inviati in Germania<sup>65</sup>.

La Corte di Giustizia ha osservato che, per quanto riguarda le disposizioni nazionali in materia di salario minimo, è stato costantemente affermato che è conforme al diritto comunitario che uno Stato membro imponga ad un'impresa stabilita in un altro Stato membro che effettui una prestazione di servizi nel territorio del primo Stato membro, di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato, a condizione che ciò sia diretto a perseguire un obiettivo di interesse generale come la tutela dei lavoratori<sup>66</sup>. In questo caso la legge tedesca intende, da un lato, proteggere il settore nazionale delle costruzioni, in particolare in relazione al *dumping* sociale derivante da un afflusso di manodopera straniera qualificata a basso prezzo e, dall'altro, ridurre la disoccupazione e consentire l'adattamento al mercato interno delle imprese tedesche, al fine di evitare tensioni sociali. La legge ha dunque un obiettivo di carattere economico. Ora, non è stato considerato, in base alla giurisprudenza costante<sup>67</sup>, che misure che costituiscono una restrizione della libera prestazione di servizi possono essere giustificate da obiettivi di natura economica, come la protezione delle imprese nazionali<sup>68</sup>. Di conseguenza, la Corte di Giustizia ha deciso che

<sup>64</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, Causa C-164/99, in Racc. 2002, I-00787.

<sup>65</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punto 11.

<sup>66</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punti 21 e 22. Come riferisce la Corte di Giustizia, 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punto 19, questo interesse generale non può essere tutelato da norme a cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui risiede.

<sup>67</sup> In particolare v. Corte Giust. 25.10.2001, *Finalarte*.

<sup>68</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punto 26. La Corte sottolinea, tuttavia, in linea con la sentenza *Finalarte*, che anche se è certo che l'inten-

l'applicazione della normativa nazionale che prevede il salario minimo sarà compatibile con il principio della libera prestazione dei servizi se le autorità o i giudici nazionali ritengono che tale normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce significativamente alla loro tutela sociale<sup>69</sup>.

In relazione alla circostanza che un datore di lavoro nazionale possa, stipulando un contratto collettivo aziendale, stabilire livelli salariali inferiori alla retribuzione minima fissata con un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale, mentre questo non è possibile per un datore di lavoro stabilito in un altro Stato membro, ciò costituisce, secondo la Corte di Giustizia, un'ingiustificata restrizione della libera prestazione di servizi<sup>70</sup>.

#### 4.4. *Senteza Rüffert*<sup>71</sup>

Questa sentenza rivela nitidamente il conflitto tra il principio della libera prestazione dei servizi e la tutela dei diritti dei lavoratori.

La legge del Land Niedersachsen (Bassa Sassonia) sull'aggiudicazione dei pubblici appalti prescriveva l'aggiudicazione di appalti per lavori edili e servizi solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si sarebbero impegnate per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni. Il Land della Bassa Sassonia, a seguito di gara pubblica, ha assegnato nel 2003 alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori edili strutturali per l'erezione dell'istituto penitenziario di Göttingen-Rosdorf. Il contratto comprendeva l'obbligo di rispettare i contratti collettivi e in particolare quello di corrispondere ai lavoratori

zione del legislatore, quale risulta dai lavori preparatori di una legge, possa costituire un indizio quanto al fine perseguito da detta legge, tuttavia tale intenzione non può essere determinante. La Corte di Giustizia, nella sentenza del 21.10.2004, Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo, punto 38, ha rilevato che il fondamento di natura economica in relazione alla protezione del mercato nazionale del lavoro, pur costituendo un interesse pubblico prevalente, è infondato, perché, come affermato nella sentenza *Rush*, i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro e che vengono temporaneamente inviati in un altro Stato membro per effettuare una prestazione di servizi non intendono in alcun modo accedere al mercato del lavoro di quest'ultimo Stato, poiché essi tornano nel loro paese d'origine o di residenza dopo aver svolto il loro compito.

<sup>69</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punto 30.

<sup>70</sup> Corte Giust. 24.1.2002, *Portugaia Construções Lda*, punti 34 e 35.

<sup>71</sup> Corte Giust. 4.3.2008, *Dirk Rüffert contro Land Niedersachsen*, Causa C-346/06, in Racc. 2008, I-01989.

impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato *Settore edilizio*<sup>72</sup>. La società tedesca Objekt und Bauregie ha affidato lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia, che ha pagato ai lavoratori dipendenti solo il 46,57% dello stipendio previsto.

A fronte della situazione descritta, il giudice nazionale ha dubitato della compatibilità tra la libera prestazione dei servizi ai sensi del Trattato CE e la legge che impone all'ente pubblico aggiudicatore di assegnare gli appalti concernenti lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori.

Secondo la Corte di Giustizia la disposizione legislativa in questione non fissava una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma, della direttiva 96/71, dato che il contratto collettivo non era dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo<sup>73</sup>.

Per la Corte di Giustizia, l'effetto vincolante del contratto collettivo oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici e non anche agli appalti privati e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale<sup>74</sup>.

La Corte ha deciso, poi, come nel caso Laval<sup>75</sup>, che l'art. 3 della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3 primo comma, la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione

<sup>72</sup> Corte Giust., 4.03.2008, Rüffert, punto 10.

<sup>73</sup> Corte Giust., 4.3.2008, Rüffert, punto 31. La Corte di Giustizia, nel punto 32, rifiuta così che la siffatta tariffa salariale possa essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole per i lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71.

<sup>74</sup> Corte Giust., 4.3.2008, Rüffert, punto 29.

<sup>75</sup> Corte Giust., 18.12.2007, Laval un Partneri Ltd.

che lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio<sup>76</sup>. La Corte di giustizia ha anche aggiunto che il livello di protezione da garantirsi ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato a quello previsto dall'art. 3, comma 1 della direttiva 96/71, eccetto il caso in cui tali lavoratori non usufruiscano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione<sup>77</sup>.

Sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte di Giustizia ha considerato che l'obbligo imposto agli appaltatori di lavori pubblici e, indirettamente, ai loro subappaltatori di applicare la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo per l'edilizia rappresentava un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Un siffatto provvedimento può costituire una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 49 TCE (oggi 56 TFUE)<sup>78</sup>. La Corte di Giustizia, quindi, ha deciso che la direttiva 96/71, interpretata alla luce dell'art. 49 TCE osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione<sup>79</sup>.

La rassegna della giurisprudenza della Corte permette di concludere

<sup>76</sup> Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punti 32 e 33.

<sup>77</sup> Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punto 34.

<sup>78</sup> Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punto 37. Con riferimento all'argomento secondo il quale l'applicazione della disciplina in questione sarebbe giustificata dall'obiettivo di tutela dei lavoratori, si è replicato che questa normativa si applica unicamente agli appalti pubblici e non anche agli appalti privati, e che il contratto collettivo non è stato dichiarato di applicazione generale. Cfr. Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punti 38 e 39. Lo stesso vale per l'argomento secondo il quale la stabilità finanziaria dei regimi di sicurezza sociale dipenderebbe dal livello della retribuzione dei lavoratori, poiché non risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale sia necessario per raggiungere l'obiettivo: relativamente a questo la Corte non ha escluso che lo stesso possa costituire un motivo imperativo di interesse generale, per evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale. Cfr. Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punto 42.

<sup>79</sup> Corte Giust. 4.3.2008, Rüffert, punto 43.

nel senso che l'applicazione della direttiva 96/71/CE pone diversi problemi, rivelando una tensione tra la contrattazione collettiva, con la quale la maggior parte dei paesi ospitanti disciplina il distacco, ed il principio della libera prestazione dei servizi<sup>80</sup>.

È vero che uno degli obiettivi della direttiva, riconosciuti dalla Corte, è preservare la leale concorrenza, evitando le distorsioni derivanti da condizioni meno favorevoli che prevalgono nei paesi di origine dei lavoratori, ma è anche vero che in alcune situazioni l'applicazione della legislazione del paese ospitante ha chiaramente lo scopo di proteggere le imprese nazionali, rendendo il distacco eccessivamente oneroso e burocratico per le imprese di altri stati membri, scoraggiando in tal modo la libera prestazione dei servizi.

All'origine di questa tensione c'è la mancanza, negli Stati membri dell'UE, dell'armonizzazione delle condizioni di lavoro e di vita che, pur essendo indicata come un obiettivo di politica sociale dall'art. 151 TFUE, non è stata ancora raggiunta, come è dimostrato dalle varie questioni analizzate.

##### 5. *La proposta di revisione della direttiva*

La proposta di revisione ha come punto di partenza il fatto che il mercato del lavoro nell'Unione europea ha subito profondi cambiamenti dal 1996, acquisendo una dimensione maggiore dopo l'allargamento ad altri paesi<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Non abbiamo fatto riferimento alla Corte Giust. 11.12.2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Causa C-438/05, GU, in Racc. 2007, I-10779, e alla sentenza Corte Giust. 18.12.2007, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, Causa C-341/05, in Racc. 2007, I-11767, sull'azione collettiva dei lavoratori, perché in relazione all'approccio sviluppato in questa ricerca sul distacco nell'ambito del contratto di *engineering*, non hanno un rilievo specifico, nonostante siano molto importanti per l'analisi del conflitto fra libera prestazione di servizi e la contrattazione collettiva nell'ambito del distacco dei lavoratori. Cfr. su questo argomento, R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 14th Edition, Wolters Kluwer, 2014, 472 ss.

<sup>81</sup> Come è stato dimostrato, la direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'attuazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, desidera sviluppare l'applicazione pratica delle norme relative al distacco dei lavoratori, reprimendo la violazione e l'elusione delle norme applicabili e sviluppando lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, promuovendo l'efficace applicazione e riscossione delle sanzioni amministrative e pecuniarie negli Stati membri in caso di

Lo sviluppo del mercato domestico e la crisi economica hanno ampliato le differenze salariali, incoraggiando il *dumping* sociale attraverso l'impiego di lavoratori provenienti da paesi con livelli salariali più bassi.

La Commissione sostiene che il quadro legislativo creato con la direttiva del 1996 non è più in grado di dare risposte a queste nuove realtà<sup>82</sup>.

Un aspetto critico riguarda il fatto che la direttiva prescrive che si applichino *tariffe minime salariali*, favorendo così differenze salariali che portano a distorsioni della concorrenza tra le imprese e che, quindi, incidono sul funzionamento del mercato unico<sup>83</sup>. Pertanto la nuova proposta prevede che si applichino, per quanto riguarda la retribuzione, le stesse regole dello Stato membro ospitante, come definite dalla legge o dai contratti collettivi di applicazione generale<sup>84</sup>.

Secondo la Commissione gli Stati membri devono comunicare, in modo trasparente, i diversi elementi che compongono la remunerazione nel proprio territorio, consentendo che coloro che distaccano lavoratori abbiano a disposizione la precisa nozione di retribuzione applicabile nel paese ospitante<sup>85</sup>.

violazione degli obblighi imposti dalla normativa dell'UE sul distacco, favorendo l'accesso all'informazione e affinando la protezione dei diritti dei lavoratori nei casi di subcontratto a catena. Questa direttiva dovrebbe essere recepita nel diritto nazionale degli Stati membri entro il 18 giugno 2016.

<sup>82</sup> La Commissione riferisce che la revisione è un'opportunità per creare una maggiore coerenza con altri atti legislativi dell'UE adottati successivamente alla direttiva del 1996, osservando che c'è una certa incongruenza tra la direttiva attuale ed altri strumenti legislativi dell'UE come il regolamento n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e la direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm).

<sup>83</sup> Secondo dati divulgati dalla Commissione, in determinati settori e Stati membri, i lavoratori distaccati guadagnano fino al 50% in meno dei lavoratori locali. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm).

<sup>84</sup> Cfr. art. 3, comma 1 della Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/CE of the European Parliament and the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of service-COM(2016)128, disponibile in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>.

<sup>85</sup> L'esempio dato dalla Commissione è paradigmatico: il Belgio, un Paese abitualmente coinvolto nelle controversie decise dalla Corte di Giustizia, data l'esistenza di un salario minimo molto elevato per la previsione di componenti come *marche-intemperie* e *marche-fedeltà*, contemplati dal contratto collettivo nel settore edile che, in futuro, saranno applicabili ai lavoratori distaccati senza eccezioni. Questa questione sarà molto problematica nel caso in cui i datori di lavoro siano già soggetti a obblighi analoghi per gli stessi lavoratori e per gli stessi periodi di attività nello

La Commissione propone inoltre che le condizioni definite da contratti collettivi di applicazione generale diventino obbligatorie per i lavoratori distaccati in tutti i settori dell'economia, senza la limitazione al settore delle costruzioni previsto nell'allegato della direttiva 96/71/CE<sup>86</sup>.

Nel caso specifico dei subcontratti, si riconosce agli Stati membri il diritto di scegliere di applicare ai lavoratori distaccati le stesse condizioni di retribuzione che sono obbligatorie per il contraente principale, anche se previste in contratti collettivi di applicazione non generale<sup>87</sup>.

La Commissione propone poi che ai lavoratori distaccati per più di due anni (distacchi di lunga durata) si applichino almeno le norme obbligatorie di tutela previste dal diritto del lavoro dello Stato membro ospitante, ad esempio, contro il licenziamento ingiustificato<sup>88</sup>.

Per quanto riguarda i lavoratori che operano tramite agenzie interinali locali, la Commissione richiede che ad essi si applichino, per il principio della parità di trattamento, le stesse condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori locali, operando così un allineamento (armonizzazione) con l'attuale legislazione sul lavoro tramite agenzia interinale a livello nazionale<sup>89</sup>.

La Commissione garantisce la possibilità per i lavoratori di beneficiare di diverse condizioni di lavoro e di retribuzione, sempre che queste condizioni siano più favorevoli di quelle previste dalla legislazione dello Stato membro ospitante.

La proposta conserva anche il requisito che le imprese di paesi terzi siano soggette alle stesse condizioni applicabili alle imprese che distaccano lavoratori in un altro Stato membro.

Stato membro di origine. Fino a questo momento la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare la sentenza della Corte del 23.11.1999, *Arblade*, ha sostenuto l'inammissibilità dell'obbligo per le imprese del settore edile che effettuano una prestazione di servizi di versare contributi padronali sostanzialmente equiparabili a quelli che versano già nel luogo in cui sono stabilite. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm).

<sup>86</sup> La Commissione riconosce che gli Stati membri restano liberi di decidere se rendere o meno di applicazione generale i contratti collettivi. Ma, in caso positivo, il rispettivo contratto diventa applicabile anche ai lavoratori distaccati. Cfr. Scheda informativa sulla revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, disponibile in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-467\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_it.htm)

<sup>87</sup> Cfr. art. 3, comma 1a, della Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC, cit.

<sup>88</sup> Cfr. art. 2a della Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC, cit.

<sup>89</sup> Cfr. art. 3, comma 1b, della Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC, cit.

Queste sono le principali questioni che la Commissione vuole affrontare nella revisione della direttiva.

## 6. Conclusioni

Come avevamo riferito, ogni volta che la società di *engineering* assume l'obbligo di dirigere, coordinare i lavori e realizzare l'opera, consegnandola finita e funzionante, il contratto di *engineering* può comportare la prestazione di servizi di imprese stabilite in altri paesi dell'UE o in paesi terzi.

Se l'esecuzione del contratto di *engineering* comprende prestazioni di servizi da parte dei lavoratori provenienti da altri paesi, si crea una sovrapposizione tra quanto stabilito nel contratto e le norme dell'UE relative al distacco dei lavoratori.

Il distacco dei lavoratori, motore del mercato interno fondato sul principio della libera prestazione dei servizi statuito all'art. 56 TFUE, ha dato origine a molte controversie innanzi alla Corte di Giustizia.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, come si è visto, fa emergere il conflitto latente tra la tutela dei lavoratori, la leale concorrenza e il principio della libera prestazione dei servizi, operando un bilanciamento tra interessi non necessariamente incompatibili.

Dall'analisi delle decisioni della Corte di Giustizia si rileva che, in alcuni casi, l'applicazione del diritto del lavoro del paese ospitante (come, per esempio, il contributo imposto dagli accordi collettivi, come le *marche-intemperie* o le *marche-fedeltà*, o l'imposizione di salari minimi come condizione di aggiudicazione di contratti pubblici), data la mancanza di armonizzazione del diritto del lavoro negli Stati membri, anche per quanto riguarda le norme imperative di protezione minima, può paradossalmente portare ad una restrizione della libera prestazione dei servizi, creando una situazione di disparità in termini di concorrenza per le imprese stabilite in altri Stati membri che sono già soggette ad obblighi analoghi.

Paradossalmente la direttiva, oltre ad essere un ostacolo alla libera prestazione dei servizi ed al consolidamento del mercato unico, può anche essere responsabile della distorsione della concorrenza che la stessa vuole evitare. La proposta di revisione della direttiva annunciata dalla Commissione, nonostante che abbia come scopo la creazione di un quadro normativo favorevole per l'esistenza di condizioni di concorrenza tra le imprese nazionali e le imprese che distaccano lavoratori, al fine di incrementare la tutela dei lavoratori e la concorrenza leale tra le imprese, può aggravare il conflitto.

Lo squilibrio tra la ponderazione degli interessi alla base della direttiva, come la tutela dei lavoratori e la concorrenza leale, e il principio



della libertà di prestazione di servizi derivante dalla applicazione delle condizioni di lavoro del paese ospitante ai datori di lavoro che distaccano lavoratori pagando più del salario minimo, sia nel settore delle costruzioni, sia in altri settori in cui non è neppure garantito il medesimo livello di tutela può avere un effetto negativo sullo sviluppo del mercato interno tanto quanto il *dumping* sociale che si vuole reprimere. Le imprese saranno dissuase dalla fornitura di servizi in altri Stati membri con condizioni di lavoro più favorevoli scegliendo di non distaccare lavoratori: la direttiva così diventerà uno strumento di protezione per le imprese nazionali contro la concorrenza di imprese di altri Stati membri. È nostra opinione comunque che le difficoltà sollevate dal distacco dei lavoratori saranno mitigate solo quando l'Unione Europea avrà affrontato l'armonizzazione delle condizioni di vita e di lavoro; un obiettivo di politica sociale stabilito nell'art. 151 del TFUE che, per ora, è lontano dall'esser raggiunto.